

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los 3 de Agosto del año 2023, la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con la Dra. Alejandra Barroso y el Dr. Pablo G. Furlotti, con la intervención del Secretario de Cámara, Dr. Juan Ignacio Daroca, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"R. E. E. C/ V. R. H. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS"**, (Expte. Nro.: 71645, Año: 2021), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Junín de los Andes y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso**, dijo:

I.- El 2/12/2022 la jueza de primera instancia dictó la sentencia definitiva (cfr. fs. 101/107vta) por medio de la cual decidió: **1)** Rechazar la demanda incoada, y disponer el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta, de la niña P. V. R., DNI ... (fecha de nacimiento 10/03/2014), a ambos progenitores, con residencia habitual en el domicilio de su madre y cumpliéndose el régimen de comunicación fijado a fs. 42, esto es: El Sr. V., fin de semana por medio, retirará a Paloma del colegio, los días viernes y la reintegrará el día domingo a las 20.00 horas de la casa de la madre. Asimismo, todos los días jueves (durante el periodo escolar) el Sr. V. retirará a la niña a las 12.30 horas de la escuela y la reintegrará a dicho establecimiento a las 14.00 horas. Luego en vacaciones invernales y estivales el progenitor retirará a la niña todos los días miércoles a las 14.00 horas de la casa materna y la reintegrará los días jueves a las 14.00 horas. Por su parte fin de semana por medio P. compartirá con su padre, los días viernes desde las 14.00 horas hasta los días lunes a las 14.00 horas. Asimismo, instó a las partes, a fin de evitar futuros procesos

judiciales a acordar las demás cuestiones relativas al régimen de comunicación (periodos vacacionales, fiestas, cumpleaños, etc.) como así también las cuestiones relativas a la cuota alimentaria. 2) imponer las costas en el orden causado. 3) Regula los honorarios de las abogadas de la actora como patrocinantes (aunque en realidad son apoderadas, fs. 23vta./24).

Disconforme, la parte actora apeló dicho pronunciamiento y expresó agravios a fs.124/128, los que no fueron contestados por el demandado V.

II.- Agravios

Afirma la recurrente que la sentenciante se ha basado en el principio general de cuidado compartido personal establecido en la normativa vigente, centrándose en un régimen de comunicación mínimo fijado provisoriamente, alejándose no solo de la realidad de los hechos, sino también del derecho, sobre todo respecto a la aplicación real de la perspectiva de género.

Asevera que la sentencia le genera un gravamen irreparable al invisibilizar las tareas de cuidado que ejerce exclusivamente todos los días respecto a la hija en común y que no se condice en la realidad de la niña ni respeta su interés superior.

Destaca que el Sr. V. nunca se presentó a estar a derecho en estas actuaciones por lo que con fecha 18/2/2021, se declaró la rebeldía del demandado; y por ello disiente con lo dicho por la jueza de grado quien en un mero intento para fundar su resolución arbitraria sostuvo que: "...no se me escapa que el demandado siquiera se ha presentado en autos y no ha contestado la demanda pero es que el derecho de las familias, aplicable en autos, es mucho más que una norma que en una situación como esta puede hasta incluso resultar arcaica".

Arguye que uno de los principios procesales es el de bilateralidad para permitir y garantizar el ejercicio de

la defensa del justiciable, siendo la presencia de la parte contraria promotora tanto de la defensa cuanto del control de los mismos actos procesales.

Agrega que la bilateralidad ejerce un doble poder: protege el bien individual y su interés, además de permitir a los jueces contar con mayor número de argumentaciones a fin de emitir una sentencia justa y, que la normativa procesal aplicable prevé que dentro del proceso una de las primeras actuaciones es dar traslado de la demanda sancionando a la persona demandada que no cumple con el plazo de contestación, con la declaración de rebeldía.

Cuestiona que la Magistrada establezca que la norma procesal resulta arcaica respecto al derecho de las familias, habiéndosele dado trámite de sumario a las actuaciones, afirmando que los procesos de familia prevén principios específicos que los resguardan pero de ninguna manera se aparta de los principios procesales y mucho menos del de contradicción.

Afirma que el Sr. V. no se haya presentado no hace más que demostrar el desinterés por el proceso, en el cual se estaba solicitando nada más y nada menos que el cuidado de la hija que tienen en común, sin haber expuesto los motivos por los cuales estuvo dos (2) años sin tener contacto con P., ni por qué no ha dado cumplimiento a sus obligaciones derivadas de la responsabilidad parental.

Indica que en la audiencia de fecha 13/10/21 se fijó un régimen provisorio, sin que el demandado haya dado cumplimiento al mismo, siendo muy rara la vez que retira a la niña los días jueves del colegio para almorzar con ella y que varios fines de semana, la ha llevado al taller a trabajar con él pese a que fue un tema que se había destacado para que no lo hiciera.

Apunta que el régimen se fija por iniciativa de la progenitora a pesar del desentendimiento que ha tenido el

demandado con su hija, siendo ésta quien ha tenido que explicarle a la niña por qué su padre no se comunicaba con ella, con el agravante de que el Sr. V. no abona cuota alimentaria.

Reprocha que la jueza si bien hace un recuento de la prueba producida en estas actuaciones, minimiza el resultado de las mismas haciendo alusión constantemente al “cambio de actitud” del Sr. V., por haberse re vinculado con la niña P. pero sin analizar en profundidad, los hechos probados en estas actuaciones basándose en una idea de coparentalidad netamente teórica al dar por supuesto que el Sr. V. ejerce un cuidado sobre la niña por tener fijado un régimen acotado y sin considerar los cuidados unilaterales que efectúa la señora R.

Agrega que si bien el cuidado unilateral es una excepción al principio general, no puede utilizarse el mismo como fundamento fáctico ni jurídico para declarar en una sentencia lo que no ocurre en los hechos, destacando que las declaraciones testimoniales dan cuenta que el cuidado de P. es exclusivo de su madre.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad y solicita se haga lugar al recurso interpuesto.

III.- Contestación de agravios

Corrido el traslado pertinente, el demandado V. no contestó.

IV.- Admisibilidad del recurso

Considero que las quejas traídas cumplen -mínimamente- con la exigencia legal del art. 265 del CPCyC.

Pondero la cuestión con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica), a la luz del principio de congruencia.

En este aspecto, entiendo que el derecho al recurso integra las garantías del debido proceso, conforme se establecen

en el art. 8 de la CADH, las cuales son aplicables en todos los procesos sin importar la materia de que se trate, conforme jurisprudencia de la CorteIDH (OC N°18/03 del 17/9/2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párrr. 123-124, entre otros).

Asimismo, estas garantías procesales deben servir como pautas interpretativas de lo dispuesto en los códigos de procedimiento, entre ellos los arts. 265 y 266, en tanto esta normativa es reglamentaria de aquellas garantías constitucionales.

Por ello, debe tenerse en cuenta esta dimensión constitucional del procedimiento civil con fundamento en las garantías del debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 27 y 58 de la Constitución de la Provincia de Neuquén).

Finalmente, analizaré la totalidad de los agravios sin seguir al apelante en todos sus argumentos, sino sólo en aquellos que resulten dirimientes en orden a las cuestiones planteadas.

V.- Analizadas las actuaciones se extraen las siguientes consideraciones.

Que la señora R. E. E. inicia acción de cuidado personal de su hija con la modalidad unilateral en los términos del art. 653 del CCyC con fecha 4/8/21.

Corrido el traslado de la demanda al señor R. H. V., se decretó su rebeldía conforme lo dispuesto por el art. 59 del CPCyC. (cfr. fs.33).

Luego con fecha 15 de septiembre de 2021, se celebró audiencia en la que las partes no lograron llegar a un acuerdo que ponga fin al proceso sin embargo, teniendo en cuenta lo manifestado por la niña -quien fue entrevistada únicamente por la jueza-, los progenitores acordaron un régimen de comunicación provisorio (cfr. fs. 39 y vta).

El 13 de octubre de 2021 se celebró la audiencia de control, a la cual el señor R. V. se presentó nuevamente sin patrocinio letrado, sin lograr las partes arribar a acuerdo que ponga fin al proceso.

No obstante ello, sí acordaron con fecha 13 de octubre de 2021 un régimen de comunicación provisorio durante la tramitación del presente proceso (cfr. fs.42).

Abierta la causa a prueba, surge del informe psicopedagógico escolar que "la madre de la niña es la figura que ha tenido la presencia activa en cuanto al rol de acompañamiento frente a lo escolar. El papa en el presente año se acercó a la escuela a llevarle unos presentes. La madre ha manifestado sentimientos de soledad en lo que respecta a la crianza de la niña. Deseamos que si hubiese situaciones de conflictividad entre los padres, la misma sea abordada, ya que consideramos que la persistencia a lo largo del tiempo termina siendo una situación de presión para los niños, trasladándose a lo anímico, actitudinal y de modo evidente en el ámbito escolar" (Cfr. fs.19).

En la audiencia celebrada ante S.S la niña manifestó "...su deseo de ver a su padre a quien hace mucho tiempo que no ve. Dice que no sabe por qué ..., y al preguntarle si en ese momento quiere ver a su papa, contestó emocionada "que sí", por lo que se hizo ingresar al progenitor y "... la niña se abraza a su papá y comienza a llorar de la emoción. Se le pregunta si le parece empezar a ver a su papa los días sábados (desde el mediodía hasta la tarde) dice que sí".

Seguidamente, se retiró la niña e ingresó la señora R. con su letrada patrocinante sin poder llegar a un acuerdo que ponga fin a este proceso. Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta lo manifestado por la niña, las partes acordaron un régimen de comunicación provisorio a partir del 17 de septiembre de 2021 (cfr. fs.39).

Más tarde, en la audiencia del 13/10/23 siendo entrevistada la niña junto a la presencia del Defensor Adjunto de los Derechos del Niño y Adolescente exteriorizó que "está feliz con los encuentros con su padre nos refiere todas las actividades que realizó con él. Nos solicita pasar más tiempo con su papá como así también compartir las fiestas con él. A su vez, la madre manifestó que ve feliz a su hija a partir de los encuentros con su padre y el señor V. relató emocionado dichos encuentros.

Sin embargo, los progenitores no logran celebrar acuerdo para poner fin al presente litigio, por lo que se acordó nuevamente, un régimen de comunicación provisorio durante la tramitación del presente proceso (cfr. fs. 42).

En la tercer audiencia celebrada el 19/10/22, junto a la presencia del Defensor Adjunto de los derechos del Niño y Adolescentes, la niña refirió que ve a su papá, que sigue el régimen de comunicación que habían fijado, lo que los fines de semana por medio, durante la semana no lo ve, que le gustaría compartir tiempo con su papá, que lo pasa bien con él, que en vacaciones de invierno comparte una semana y que se divierte mucho. Asimismo manifestó que su padre quiere que viajen a Buenos Aires a ver a su familia paterna que hace mucho no visita, que ella esta ilusionada con ir, que lo habló con su mama y está de acuerdo. Respecto a la relación entre sus padres, dijo que esta mejor, que pueden comunicarse y que ella desea seguir compartiendo tiempo con su papa.

A fs. 99 obra dictamen del Defensor Adjunto de los derechos del niño y adolescente quien afirma que si bien iniciada la demanda y estando debidamente notificado el progenitor de la niña no se presentó con patrocinio letrado, sí concurrió a las dos audiencias fijadas por la aquo y cumple con el régimen de comunicación provisorio fijado en autos.

Asimismo, indica que retomado el vínculo con su hija el demandado pudo sostenerlo con responsabilidad y

recuperar un rol que a juzgar por las mismas declaraciones de la niña ha repercutido favorablemente en la menor.

De esta manera, entiende que habiéndose modificado la conducta disvaliosa del señor V. no resultaría favorable al interés de la niña, restringir el ejercicio de su responsabilidad parental en todo lo atinente a las decisiones de su vida cotidiana; destacando que el Código Civil y Comercial prevé el cuidado personal unilateral para situaciones de carácter excepcional.

En razón de ello, propicia que de conformidad a lo acreditado en el caso, no resultaría favorable al interés superior de P. hacer lugar a la pretensión de la parte actora toda vez que el escenario descripto al inicio de la acción no resulta el que impera en la actualidad.

VI.- Análisis de los agravios

Ingresando al estudio de los agravios formulados por la parte actora, y analizado el caso planteado, anticipo que deberá confirmarse la resolución apelada en base a las siguientes razones.

A) En primer lugar, me he de referir a la crítica de la recurrente en orden a la aplicación del art. 356 inc. 1 del CPCC, y en este sentido señalo que la norma en cuestión contempla que, ante la incontestación de demanda y consecuente silencio, el/la juez/a puede estimar como verdaderos los hechos afirmados.

Es firme y clara la doctrina judicial al sostener que esta norma, a la cual además remite el art. 60 del CPCC, no establece una admisión automática en cuanto a los hechos, ya que resulta una presunción simple que debe ser corroborada por la prueba producida por el accionante, además también de considerar que la procedencia de la pretensión no depende sólo de los hechos sino también de la aplicación del derecho que incumbe al sentenciante.

En definitiva, es el/la juez/a quien debe fijar en su sentencia los alcances del silencio y otras figuras omisivas, todo más allá de su antigüedad, ya que justamente por esta circunstancia las reglas procesales son el producto de profundos estudios y reflexiones de grandes procesalistas no sólo de nuestro país sino también italianos y alemanes, entre otros.

El razonamiento es mucho más complejo que afirmar que el instituto es "arcaico", simplificando las cuestiones, ya que no todo es tan lineal, incluso en el derecho de las familias.

Con relación a la rebeldía, se trata de la incomparecencia y la falta de domicilio constituido, fijando las reglas para la debida notificación en este supuesto.

Por estos motivos, entiendo que estas críticas no pueden ser admitidas.

B) Sentado lo anterior, y continuando con el análisis, en apretada síntesis, puede verse que la jueza ha ponderado al escuchar a P., su deseo de mantener una relación con su padre independientemente del conflicto suscitado entre sus progenitores desde que éstos, decidieron dejar de convivir.

De allí que, no obstante ser la pretensión de la actora obtener el cuidado personal de su hija con la modalidad unilateral y habiéndose decretado la rebeldía del demandado, la jueza fijó un régimen provisorio de comunicación mediante el cual, la niña y su progenitor han logrado vincularse de manera satisfactoria.

En consecuencia, resolvió el rechazo de la demanda y determinó el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta, con residencia habitual de P. en el domicilio de la señora R., toda vez que no existen causas graves que tornen procedente establecer el cuidado unilateral. Asimismo, instó a las partes a acordar las demás cuestiones vinculadas al régimen de comunicación (periodos vacacionales, fiestas, cumpleaños, etc.) también las relativas a la cuota alimentaria.

Sabido es que el principio rector "interés superior del niño", se constituye en pauta de interpretación y decisión ante un conflicto específico y además para ponderar el tipo de intervención institucional tendiente a proteger al/la niño/a.

A la luz de dicho principio, y sea cual fuere el progenitor con quien viva la niña, se debe garantizar la relación con ambos padres resguardando el vínculo emocional entre ésta y sus progenitores. En ocasiones, discutir el cuidado de la niña cuando se fragmenta el pacto matrimonial, conduce a incurrir en conductas de sabotaje por parte de un progenitor o retaceo económico, obstaculizándose que el hijo o hija mantenga un contacto y fluida comunicación, con quien ya no convive en el hogar familiar. A tal punto, que esto no solo afecta a la niña y su progenitor sino que también se produce sufrimiento en abuelos, tíos o demás familiares del núcleo familiar paterno que residen en Buenos Aires, tal como se infiere de los dichos de P. en momentos de ser entrevistada por la jueza con la presencia del Defensor del Niño y Adolescente.

Cabe reiterar que La Convención Internacional sobre derechos del niño, a la cual Argentina adhirió, establece en su art. 9 numeral 3: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

A la sazón de tal precepto, es dable admitir que contrariamente a lo afirmado por la parte actora, no surge demostrada causal alguna que amerite hacer lugar a su pretensión. El art. 653 del CCyC contempla el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo; d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de

vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.

De allí que como dice Lorenzetti, quien reclama el cambio de cuidado, o bien el cuidado personal unipersonal deberá acreditar los beneficios que producirá en el hijo, o bien, el daño actual que le produce la situación en la que se encuentra. El daño debe ser de tal gravedad que lleve a la convicción del/la juez/a de que la subsistencia de la situación existente provocará perjuicios de mayor gravedad que los que normalmente causa la alteración de la guarda.

Nada de eso se acreditó en autos, y tampoco en los agravios traídos se ocupa la apelante de tratar de demostrar cuál es el grave perjuicio para la niña en mantener el cuidado personal que prioriza el código vigente, siendo en este sentido insuficientes las quejas expuestas, ya que no alcanzan a conmover los fundamentos de la decisión (art. 265 del CPCC).

Es oportuno remarcar que el art. 651 del CCyC recepta el criterio mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia que aceptaba el régimen de cuidado personal compartido, fundado en que frente a la ruptura de una familia se debe priorizar la estabilidad emocional de los hijos y el mantenimiento del vínculo con ambos padres, de manera que dicha situación resulte lo más cercana posible a la que existía antes de la separación (Grossman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia, La ley, 1984-B-816), por lo que a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto no sea posible o resulte perjudicial para el hijo y el art. 653 califica el cuidado personal unilateral como un supuesto excepcional.

En el caso particular, los ex cónyuges no logran acordar en términos amigables para cuidar ambos a la hija que tienen en común por tanto debe garantizarse a P. su derecho

de comunicación que como tal le asiste en virtud de lo dispuesto por el art. 9, inc. 3 de la Convención sobre los derechos del Niño y de la prueba rendida en autos.

Vale reiterar que son los ex cónyuges los que deben velar en buscar el bien de sus hijos, evitándoles añadirle un mal mayor dejando de lado el despecho o inmadurez que los lleva al desacuerdo. En otras palabras, no puede soslayarse que el conflicto entre los adultos pueda cercenar el derecho de un hijo a estar con ambos padres.

De las actuaciones que corren agregadas por cuerda caratuladas "R. E. E. c/V. R. H. s/situación ley 2785" (expte 56361/2018) puede inferirse que la jueza a quo ordenó con fecha 14/01/2021 a ambos progenitores, realizar abordaje psicosocial debiendo acreditar su realización mediante la presentación de informe en la Ofician de Violencia en el plazo de un mes a partir del día de la fecha bajo apercibimiento; y sin haber acreditado ninguno de ellos tal requerimiento, se ordenó la paralización de las actuaciones con fecha 26/4/21 en atención al tiempo transcurrido y por encontrarse superada la situación de violencia que dio origen a la causa.

En base al desarrollo efectuado, la prueba rendida en ambas actuaciones, y contrariamente a lo afirmado por la apelante, propongo rechazar el recurso de apelación intentado por la parte actora por estimar que la solución propuesta, es la que condice con el mejor interés de la niña en los términos del art. 3 de la ley 26.061 que consagra como "la máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley" y por el art. 706 inc. c) del CCyC.

Finalmente también debo señalar que la recurrente no explica en qué consiste la no consideración de la perspectiva de género que denuncia, ya que la jueza tiene en cuenta el cuidado de la actora conforme surge de la decisión.

Por su parte, eventualmente, el incumplimiento del régimen de comunicación que denuncia deberá plantearlo por la

vía correspondiente, ya que tampoco surge esta circunstancia de los dichos de la niña.

VII.- Conforme todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo rechazar el recurso interpuesto por la actora, confirmando así la sentencia que viene recurrida en todos sus términos.

Las costas de esta instancia he de imponerlas a la apelante en su condición de vencida (art. 68 del CPCC).

Llegando firme la regulación de honorarios practicada en la instancia de grado, cuento con base suficiente para proceder a la regulación de los honorarios de las letradas intervinientes en esta instancia.

En consecuencia, y teniendo en cuenta su carácter de apoderadas, como dije y lo dispuesto por el art. 15 de la LA, he de regular los honorarios de las Dras. ... y ... en la suma de \$ 64.325,75 en forma conjunta, con más IVA en caso de corresponder.

Mi voto.-

El **Dr. Pablo G. Furlotti**, dijo:

Comparto los argumentos y solución que propicia la Dra. Barroso, motivo por el adhiero a su voto expidiéndome en igual sentido.- **Mi voto.-**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso interpuesto por la actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en todo lo que fuera motivo de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la apelante perdedora (art. 68 del CPCC), regulándose los honorarios de las Dras. ... y ... en la suma de PESOS SESENTA Y CUATRO MIL



TRESCIENTOS VEINTICINCO CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$64.325,75) en forma conjunta, con más IVA en caso de corresponder (cfr. arts. 6, 7, 10, 11, 15 y cctes. de la Ley 1.594).

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Alejandra Barroso
Jueza de Cámara

Dr. Pablo G. Furlotti
Juez de Cámara

Dr. Juan Ignacio Daroca
Secretario de Cámara

Se deja constancia de que el Acuerdo que antecede fue firmado digitalmente por el Sr. Vocal, Dr. Pablo G. Furlotti, y la Sra. Vocal, Dra. Alejandra Barroso, y por el suscripto. Asimismo, se protocolizó digitalmente conforme lo ordenado.-

Secretaría, 3 de Agosto del año 2023.-

Dr. Juan Ignacio Daroca
Secretario de Cámara